

論説 人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について

著者	岡上 雅美
雑誌名	筑波法政
巻	37
ページ	67-100
発行年	2004-09-30
その他のタイトル	<Article> Über den Beginn des menschlichen Lebens im Strafrecht
URL	http://hdl.handle.net/2241/00156046

人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について

岡上雅美

一 問題の所在

二 従来の見解の問題性

1 一部露出説

2 全部露出説

3 重要部分露出説ないし頭部露出説

4 独立生存可能性説

三 人の始期に関する試論——出産開始説の論理的正当性 四 いわゆる「出産開始説」とは何か

1 出産開始説の従来の根拠

2 人の始期をめぐる従来ドイツの法状況

- 3 第六次刑法改正法律による嬰兒殺規定の削除
- 4 開口陣痛説——ドイツの通説
- 5 開口陣痛説に対する反対説
- 五 刑法上の人の始期についての試論
- 1 医学的観点からの「出産」現象
- 2 刑法上の「出産開始」時期
- 3 罪刑法定主義との関連
- 六 出産開始説の見直しとその解釈論上の帰結——結びに代えて

一 問題の所在

ヒトは、刑法ではいつから「人」となるか——刑法においては、民法と異なつた観点で、すなわち、人に対する罪の適用領域の問題として、この区別が重要な意味をもつことは改めていうまでもない。現行刑法では、「人」は包括的な保護の客体であり、他方、「胎児」は墮胎罪⁽²⁾においてのみ断片的な保護を受けるにすぎないからである。現在、この点の論争は、もっぱら、通説・判例⁽³⁾たる一部露出説と有力少数説である全部露出説との間での争いと解されており、その他の説はすでに過去の学説であるか、あるいは少数説を形成するに過ぎない。しかし、通説たる一部露出説も、後述のように万全の理由付けに基づくというよりは、むしろ直感または消去法による選択にすぎないようにも思

われる。

いわゆる「陣痛開始説」ないし「出産開始説」——ドイツ連邦共和国においては圧倒的な通説である——については、①ドイツには旧第二一七条⁽⁷⁾という条文上の根拠があつたが、このような規定のないわが国で、同様に解する必然性はないこと、②「陣痛開始」の時期が不明確であること、および、③通常分娩と帝王切開の場合とで統一的な基準を提供し得ないこと⁽¹⁰⁾の3点を理由に、わが国で出産開始説は比較的容易に排斥されている。

しかし、①の点は、現行刑法典が人の始期についての規定をおよそまたない以上、これは決定的な欠点ではない。ドイツと同様の解釈を「しなくてもよい」ことは、同様の解釈を「してはならない」ことを意味しない。陣痛開始説に対する本質的な批判点は、②および③の点である。

本稿執筆の出発点となつたそもその疑問は、出産開始説はヨーロッパ諸国の採用するところとされてきたが、それら諸国はそれほど不明確で一義性のない基準で人の始期を決定してきたのだろうかということである。本稿では、おもにドイツの学説および判例、とくにドイツ刑法旧第二一七条が削除された後の新しい学説状況を直接に参照し、人の始期について改めて考察しなおそうとするものである。

なお、本稿における用語法として次の二点を確認しておきたい。①人の始期に関して胎児と人とでいずれか一方の用語を用いるのが不適切である場合などには、適宜、その上位概念として「子」の語を用いる。②わが国の議論状況において、「出産開始説」、「分娩開始説」、「陣痛（開始）説」⁽¹²⁾などの表現は、すべてドイツの通説として紹介されているところからも、同義で使われているのが一般といつてよいだろう。しかし、厳密には、これらは必ずしも同一ではない。本稿では、定義による考察対象の混乱を避けるために、出発点としては、これらの説の総称として「出産開始説」の語を用いることにする。

二 従来の見解の問題性

従来主張されてきた、人の始期に関する学説を早い順に列挙すると、①独立生存可能性説、②出産開始説、③一部露出説、④頭部露出説、⑤全部露出説、⑥独立呼吸説となる。現在主張されている見解は、①から⑤であり、本稿でもそれを主な検討の対象とすることで十分であろう。⁽¹³⁾

1 一部露出説

従来の通説は、人の始期を胎児の身体の一部が母体から露出した時と解してきた。一部露出説は、外部からの直接攻撃可能性をその論拠とするのが一般である。⁽¹⁴⁾

しかし、これに対しては、以下のいくつかの点で批判が提起されており、同説は看過しえない問題性をその本質として備えるもののように思われる。第一に、行為態様の如何によつて客体の性質が決められるのは妥当でないというものである。⁽¹⁵⁾ 第二に、胎児に対しても、直接攻撃が不可能なわけではないということ。⁽¹⁶⁾ 第三に、同説は直接攻撃の「可能性」を理由としている点である。もちろん、同説も、人となった後に、間接攻撃を殺害方法から除外するわけではないのは明らかであるから、一部露出説ももちろん「人」の殺害方法を直接攻撃に限定するわけではない。それ故、直接攻撃の「可能性」が要件とされている。しかし、とくに、間接攻撃で人を殺害した場合、別の殺害方法が存在する可能性があるからといって、すなわち、およそ現実化していない殺害方法の存在を理由として、その客体が人となると結論付けることはできない。

以上のうち、とくに第一の批判（以下、「平野説による批判」と称する）はまさに正当であり、決定的なインパクト

トをもって、一部露出説を唱える学説自身からも受け止められたといつてよいだろう。一部露出説の中でも、「直接攻撃の可能性」によらない理由付けがある。以下では、別の理由付けで同説が維持できるかについて、検討を加えることにする。

(二) 別個の理由付けの一つは、子が一部でも母体から露出したとき、行為者が直接客体を目にしながら殺害する場合には責任非難が重くなるというものである。⁽¹⁷⁾

しかし、第一に、これに対しては、先に挙げた平野説による批判が、まさに同様に妥当する。行為者側の反対動機形成可能性という内心の事情をもって、客体の性質を決定することは同じく不適切だからである。第二に、「直接的な視認可能性」に基づく反対動機の形成可能性は、類型的な非難可能性の高まりとは関連しない。なぜならば、一部露出後に子の姿を見ることがなく間接攻撃を加えたとき、同説がいうような形では当該行為者の反対動機形成の可能性が高まっではない。一部露出後の、客体を認識しながらの直接攻撃は殺害方法の一部を表すにすぎない断片的な現象であり、これを根拠に類型的な非難可能性の高まりを導き出すことはできない。さらに、同説が出発点とする「視認可能性」は、そもそも責任加重の理由とはいえないように思われる。直接攻撃であっても間接攻撃であっても人の姿を見ることがなく攻撃することは可能であるが（前者として時限爆弾を仕掛け、爆破時には別の場所にいたという場合など、後者として屏風を隔ててピストルの引き金を引く場合など）、これらの場合を類型的に非難可能性が低減すると評価しうるわけでもない。やはり、出生後の子を殺害した場合に非難可能性が重くなるということは、人を殺した場合の違法性がより重いことの反射的效果に過ぎないように思われる。

(三) さらに別の理由付けは、平野説による批判を直接に受けて、一部露出説の中でも「一部露出した段階で要保護性が高まる」とするものである。⁽¹⁸⁾

しかし、なぜ一部露出した瞬間に、産道にいながら一部も露出していない段階と比較して、要保護性が格段に高まるかの論証は不十分であるように思われる。論者によれば、直接攻撃が可能だからより手厚く保護する必要があると説明されているが、⁽¹⁹⁾ 間接攻撃であれば客体の手厚い保護は要らないとする理由はない。これらの要保護性による説明は、実は結論を述べたものに過ぎない。子の性質の変化に伴う要保護性の変化なのか、性質は不変だが要保護性のみが高まったのかは、論者において明らかでないが、前者であれば「何時胎児は人になるのか」の問いに「胎児から人に変化した」ために要保護性が高まった時点と答えている点でトートロジーを犯すものである。医学的・生物学的にも、胎児と人として別個の性質をもつ存在であるとの説明したものではない。要保護性の変化を問題とするのであればいっそう、性質は変わらないのに、一部露出の時点で保護の必要性が高まる理由はさらに論証される必要があるう。

(四) さらに別の理由付けは、直接攻撃という行為態様による区別が基準として明確であることに言及するものである。⁽²⁰⁾ 基準としての有用性が直ちにその正当性を導き出すかの問題はひとまずおくとしても、直接攻撃の「可能性」がその期待に応えられるほど十分に明確なものであるといえるかにはやはり疑問がある。客体が人となった段階でも、同じく間接攻撃は殺害方法に含まれるからである。一部露出後に母親の腹部に発砲し、産道にいた子も共に殺害した場合、死亡の時点で一部露出していたか否かの証明は、実は出産開始説以上に困難である。⁽²¹⁾

(五) なお、とりわけ一部露出説から、胎児が一部露出後再び母体内に引き戻される場合の疑義が論じられる。⁽²²⁾ これには、いったん一部露出した以降は人であるとする見解と再び母体内に戻れば胎児に戻るとする見解とがある。⁽²⁴⁾ もし、一部露出説の理由付けが直接攻撃の可能性にあるのだとすれば、後者の方が奇妙な結論ではあるが一貫している

のかもしれない。

しかし、この議論はいかにも本質を論じることなく、胎児がどこに在るのかのパズル的な論理操作で問題を片付けようとするかのような違和感がある。一部露出説の本質的な欠陥は、人という保護客体について何らの本質的な考察を行っていない点にある。その点をペンディングにしつつ、医学・生物学に裏付けられた意味もなく、人の始期を論じることとはできない。出産という医学的事象を「人」への法的変化と関連させてその内容を論じる必要がある。

2 全部露出説

(一) 圧倒的な通説であつた一部露出説に疑問を呈され、全部露出説を主張されたのは、平野博士である。平野博士は、一部露出説に対して、前述のように、胎児と人との区別の基準として行為態様を援用することの問題性を指摘され⁽²⁵⁾、出産開始後露出前に胎児に攻撃を加え出産終了後に死亡させたときには、一部露出説をとつても（全部露出説をとつても）処罰のギャップが埋まるわけではないから、一部露出説を採ることに意味がなく、「中途半端」であり、全部露出説の方が妥当だとされるのである。

しかし、ここでは平野博士自身も、格別、客体の性質としての人の価値を明らかにされたわけではない。ここで行われる全部露出説も、全部露出した段階で「人の性質」が変化し、または、要保護性が高まったということから根拠付けられているわけではなく、一部露出説か全部露出説かの間で選択をするならば、全部露出説の方が、解釈上難点が少ないことを論証されているにとどまる。

この点では、町野教授も、いつ生命が「殺傷罪規定によって保護されるに値する存在になったかという観点」から胎児と人とは区別されるべきであるとされ、出産も生命が世に出るための困難な過程であつて、妊娠の継続と質的に

異ならないのだから、この過程における子に対して刑法による「生命・身体の包括的保護」を行うべきではないという理由を提示される。しかし、ここで行われているのも、生命の要保護性が全部露出の段階で高まったことの論証ではなく、出産過程も妊娠継続期と質的に異ならないことを述べられているにすぎない。ここでも、実は客体の性質または要保護性が、胎児と人とはつきりと異なり、区別可能な時期が全部露出の時点であることが明らかにされているとはいいたい。

これについて、山口教授の旧説⁽²⁷⁾は、町野説への賛同を表されているものの、町野説とは若干のニュアンスの違いがあるように思われる。山口教授は「出産という過程を経たか否か」を問題とされており、出産過程は、他の妊娠継続の期間とは異なった意味を付与されているからである。すなわち、出産という妊娠期間とは異なるとくに危険な過程を潜り抜けてきた生命だけが保護に値する生命だというのであり、ここではまさに生命の質について言及されているのである。

(二) 以上、概観してきた全部露出説のうち、平野教授および町野教授の見解は、必ずしも「人の性質」が胎児とは異なることの論証を試みたわけではない。これを「出産という過程を経たか否か」という危険なフィルターを通してきた子だけが保護に値するということで性質の違いを示されたのが山口教授の旧説であるが、後述するようにまさにドイツの学説は、この事実から逆の論証を行っている。すなわち、まさに危険な段階にいる子だからこそ人として包括的に保護する必要があるというのである。⁽²⁸⁾

(三) さらに異なった観点から、全部露出説の根拠付けを行う見解がある。⁽²⁹⁾浅田和茂教授は、「刑法の第二次性・補充性を考えると、民法の場合よりも出生の時点を早める」ものであり許されないとされる。⁽³⁰⁾

浅田教授がこの解釈により何を目指されているのかは簡易な記述のため明らかではないが、刑法の「第二次規範性」

は全部露出説の理由となりうるのだろうか。人の始期は、民法では権利能力の主体、問題および公平な損害の分配の観点から決せられるものであり、民法第一条の三も「私権は出生に始まる」と定めているに過ぎず、人の定義規定自体を置き、または、保護の客体を限定しているわけではない。胎児の生命の毀損があつた場合、民法は不法行為として親に損害賠償責任を認めるという形で親の私権（財産権）を保障するに過ぎないが、親の損害賠償請求権を認めることによつて、民法でも胎児の生命を保護しているといえるのであり、人でない限り殺人罪の保護の対象外に置かれるという直接的な形で法益を保護する刑法とは、人の始期のもつ意味がまったく異なる。保護の客体としての生命の保護という点では、したがつて、民法では胎児と人を区別する実益はまったくなく、双方ともに保護しているといえるのであり、したがつて、ここから全部露出説を導き出すことはできない。この場合に、民法におけるよりも早く人の始期を認めたからといって、法秩序の無矛盾性と刑法の二次規範性に反することはないものと思われる。

3 重要部分露出説ないし頭部露出説

(一) 古くは、江家博士は、「少なくとも一部が母体より露出せねばならぬ」とし、さらに「其の重要部分が露出し人としての形態が外部より瞥見し得れば足りる」とされ、江家博士自身は自説を一部露出説に分類されていたが、これは、純粹な形で一部露出説ではなく、厳密には「重要部分露出説」とでも呼ぶべきものであろう。

(二) 最近でも、林幹人教授は、全部露出説が人の価値を問題にすることを批判し、人の始期の問題を「結局、ヒトの価値によつては決められないものである」とされ、胎児も人も価値的には同じであるのだから、一部露出時で直接侵害が可能となり、侵害を受けやすくなるから要保護性が高まるとされる。しかし、足が出たように過ぎない場合には厚く保護する必要性はなく、「脳死説との整合性」により、脳の一部分が露出したときに人となるとされる。

人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について（岡上）

(三) 林教授が、胎児と人との間にヒトの価値の違いはないと考える点は正しいように思われる。しかし、同説には以下のような疑問がある。第一には、「脳死説との整合性」をいうのであれば、脳死説は「脳機能の不可逆的停止」をもって人の死とするものであるから、これとの対応関係を考えれば、脳の機能開始時を人の出生と考えるべきことになる。脳死説は、脳の場所を問題にするものではない。したがって、この説の本来の趣旨からいえば、いわゆる独立生存可能性説よりも以前に人の始期を認める方がより一貫することになる。

第二に、一部露出した子に対する直接侵害からの要保護性が根拠であるならば、逆子で足から出生したときに足を傷害罪の客体として保護しなくてよいという帰結、あるいは、同じく逆子で心臓部が母体外に出たときに心臓をナイフで刺した場合に頭部が露出していないためにその生命が保護されないという帰結は、同説の根拠からはおよそ承認することができない帰結なのではないだろうか。

4 独立生存可能性説

(一) 妊娠二二週をもって人の始期とすることを提唱するのが独立生存可能性説である。この説も、胎児と人との間で異なる客体の性質を問題とし、その性質の相違を独立生存可能性の有無に求め、胎児が人となる時点を母体保護法で人工妊娠中絶が適法化される時期の終了すなわち妊娠二二週とするのである。⁽³³⁾ 教授が同説を提唱された理由は、何よりも客体自体の価値の違いである。⁽³⁴⁾ 人工妊娠中絶が適法化される根拠や母体保護法の運用実態が、独立生存可能な生命と、それ以前の生命とが別個の法的価値・意味をもつものとされ、さらに解釈論上、「出産中の攻撃」事例についての処罰の間隙を回避し、そして、独立生存可能な生命をドメスティック・バイオレンスや妊婦それ自身からも人として保護することには具体的妥当性があるということにある。⁽³⁵⁾

(二) 独立生存可能性説も、以下の理由から支持することはできない。まず形式的な疑問が、独立生存可能性の判断と妊娠二二週のもつ意味にある。妊娠二二週は、必ずしも個別の客体の独立生存可能性を意味しない。すなわち、母体保護法第二条第二項によれば、人工妊娠中絶は「胎児が、母体外において、生命を継続することのできない時期」に行われるものを指すが、この時期には、現在、厚生省事務次官通知により現在妊娠満二二週未満であるとされている。保健医療局精神保健課長通知によれば、この決定の背景には、「最近における未熟児に対する医療水準の向上等により、妊娠満二四週未満⁽³⁶⁾においても生育している事例がみられることにかんがみ」たものである。続いて、「高度な医療施設において胎児が成育できる限界に基づいて定めたものであつて、当該時期以降のすべての胎児が成育することを必ずしも意味しない」とある。すなわち、妊娠第二二週とは、高度な医療施設において最善の手を尽くせば、独立生存能力のある個体が一体でも生じうるという観点から定められた数字である。さらに、第何週かの起点は、最終月経日であり、実際の着床日ではない。妊娠第二二週といつても、実際の胎児の生命開始を起点とするわけではない、二二週とされる時点での胎児の発育程度はさまざまである。そして、各個体において、母体から分離後も生存能力があるかは証明することはできない。だからこそ、人工妊娠中絶は、各個体の生存能力ではなく、形式的・画一的な妊娠期間で区切りをつけるものである。⁽³⁷⁾母体保護法における違法阻却の場面においては、胎児の個別の独立生存能力は証明が著しく困難なのだから、画一的に母体外で生命を継続できない時期を定めて、それを違法阻却の一要件とすることには被告人の訴明を容易にするという点で意味があるように思われる。しかし、客体が人か胎児かは、人に対する罪の「罪となるべき事実」に属する。妊娠第二二週には、独立生存不可能な個体と、最善の医療施設の下で独立生存可能な個体との双方が並存する。このようなグレーゾーンにおいてすべての子が独立生存可能だと擬制する（この時期において、当該個体の具体的独立生存性の証明の不可能に近い困難さに鑑みれば、これは事実上の擬制で

ある)ことは、まさに「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反することになる。

独立生存可能性説の、より重要な問題点は、従来も指摘されてきたところであるが、第一に罪刑法定主義上の問題であり、第二に、とりわけ過失犯および身体に対する罪の領域における可罰性の著しい拡大である。日常用語的には、胎児はやはり「胎内の子」³⁸⁾である。妊娠二一週と二二週との間で胎児から人となるという考え方は、罪刑法定主義の観点から要請される一般人の予測可能性を超えたものである。また、独立生存可能性説からは、同じ胎内にいながらの区別をどのように故意の認識対象に反映させるのだろうか。

そして、第二の問題点として、妊娠二二週以降、子は人としての保護を受け、子の侵害に対しては殺人罪、傷害罪およびこれらの未遂罪、並びに、過失犯が成立することになる。とりわけ妊婦自身の不注意による流産が刑事罰の対象とされることになる。これが刑事政策的に望ましいかは、結局は水掛け論となる虞はあるが、妊婦自身の過失による流産を抑止するのに、刑罰による動機付けに頼らないという現行法の選択は誤りではないであろう。伊東教授が援用されるドメスティック・バイオレンス対策、あるいは、妊婦自身の麻薬等使用による子の障害対策としては、これらを故意犯と考えることができる限度で、胎児傷害その他を処罰する新立法を制定するのが本来の解決策であろうと思われる。

三 人の始期に関する試論——出産開始説の論理的正当性

(一) 以上の検討により、現在、有力に主張されている諸説が必ずしも人の始期を決定するのに十分な根拠を与えてこなかったことが明らかになったように思われる。では、人の始期についてはどのように考えるべきなのだろうか。

(二) 着床後のヒトのそれぞれの段階で「生命の価値」それ自体に格段の飛躍があることを医学的に論証することはできない。この意味において、胎児と人とを区別して保護する現行刑法典の立場を前提として議論する限りで「胎児」や「人」は規範的な概念である。⁽³⁹⁾しかし、法的な概念としても、社会における日常用語や医学的な裏づけを欠いたまま、両者の生命の間に独自の法的意味を与えることはできない。この点は、まさに脳死について、死の概念および全脳死説という基準は法的な意味において設定し、その基準の充足については竹内基準という医学的基準を用いているのと同様に考えることができる。医学的な意味において「客体の性質」に格段の差がないとしても、その区別の基準を医学的に裏付けられた外在的な基準に依拠させるといふ道が残る。

堕胎罪が殺人罪よりも法定刑を軽くしているのは、やはり胎児が母体の中にいる間は、「独立した」⁽⁴⁰⁾存在、あるいは独立した法益主体としては考えられていないということに求められる。⁽⁴¹⁾そこで、胎児と人との区別は、母体からの「独立」すなわち「分離」の時点であり、それは医学的には「娩出 (Ausstossung, delivery)」が基準となる。しかし、医学的な意味での娩出も幅をもった概念であり、人の始期は娩出の開始時から終了時かの問題は、法的な概念として「独立」ないし「分離」が何時かということに決定することになる。このように考えれば、やはり一部露出説は中途半端な基準であり、この独立性を独立生存可能性と考えるのが独立生存可能性説、これを娩出の開始時と捉えるのが出産開始説であり、終了時と考えるのが、全部露出説である。

なお、出産開始説に対して、帝王切開などの場合に統一的な基準を提供できないとする批判がある。⁽⁴²⁾しかし、これは出産開始説を陣痛開始説としてのみ理解されることからの誤解であろう。あくまでも上位概念としての基準は、出産開始したがって「独立」・「分離」なのであり、それが正常分娩の場合には（通説によれば、開口）陣痛の開始と考えられているということにすぎない。したがって、帝王切開の場合にも、出産開始したがって「独立」・「分離」の開

始を基準とすることにより、ドイツでは、子宮切開の時期が、正常分娩であれば開口陣痛の時期に匹敵し、これが「出産の開始」であるとして一般に理解されており、⁽⁴³⁾この理解で特段の問題は生じないように思われる。⁽⁴⁴⁾

(三) 次に加えるべき考慮は、処罰の間隙を生じさせない解釈の要請であろう。処罰の間隙が生じるとされるのは、次の事例である。出産行為開始後、一部露出前に（全部露出説をとる場合には、全部露出前に）子に攻撃を加え、母体外で子が死亡した場合⁽⁴⁵⁾（以下では、これを「出産中の攻撃」事例と呼ぶ）、一部露出説および全部露出説によれば、この子はまだ人ではない。そして、通説的な堕胎概念によれば、①母体内での胎児殺にも②自然の分娩期に先立った胎児の母体外への排出にもあたらないので、この事例は不可罰ということになる。⁽⁴⁶⁾

これは、本来、一部露出説および全部露出説に共通に生じる処罰の間隙であるが、全部露出説の方が出産開始後から人になるまでの時間的インターバルが広い分、相対的に処罰の間隙が大きくなる。主に全部露出説の論者からは、この不都合さを避けるために堕胎概念の変更が主張されている。すなわち、前述の堕胎概念の②を否定し、堕胎をもつばら「胎児に攻撃を加えて、胎内又は胎外で死亡させること」⁽⁴⁸⁾（胎児殺）と定義されるのである。この見解によれば、堕胎概念②は、医学が発達していない時代であれば、自然の分娩期に先立って胎児を母体外に排出すれば、ほとんど必然的に胎児の死につながったが、未熟児医療が発展した現在においては、ことさらに胎児の死亡結果が生じていない②を処罰する必要がないというのである。

しかし、未熟児医療が高度に発達した現在においても、胎児殺未遂を不同意堕胎罪を除き不可罰とする現行法においては、依然として胎児の生命に対する危険犯を処罰する必要性は残るように思われる。胎児の生命が危険にさらされ、他人の偶然的介入によって死の結果が回避されたような場合の要罰性はやはり高いように思われる。そして、論者が主張するような、万全の準備の下で母体外に排出されたために子の生命が危険にさらされることはなかったとい

う事例は、まさに法益侵害の現実的危険が生じなかった場合として不処罰とされるべきなのである。⁽⁴⁹⁾

墮胎の通説的理解を前提とした上で、処罰の間隙を回避するために必要とされるのは、墮胎罪規定が包摂する「自然の分娩期」以降を「人」とする解釈である。また同時に、処罰の間隙を生じないという点を解釈の指針とし、従来の墮胎概念を維持する場合には、それ以上に遡る必要もないし、それ以上に、墮胎罪による保護と人としての保護が競合することとなってしまうために、遡るべきでもないということになる。⁽⁵⁰⁾

(四) 出産開始説についてなお残る問題は、出産開始の時期が不明確だという疑念を払拭しうるかである。確かに、陣痛は非常に微弱なものから始まり、その強度が次第に増してくるものである。出産開始説が、実務では使い物にならないような基準を不可避免的に伴うものであれば、やはりこの説は採用しえないことになる。しかし、その判断を下すにあたり、果たして出産開始説とはどのような説なのかをドイツの学説および医学的所見から今一度検討してみることしよう。

四 いわゆる「出産開始説」とは何か

1 出産開始説の従来の根拠

ドイツにおける通説的見解は、「刑法の意味における人は、出産行為の開始 (Beginn des Geburtsaktes) をもって始まる」とする⁽⁵¹⁾。すでに広く知られているように、従来は、嬰兒殺規定(ドイツ刑法旧二一七条)がその条文上の根拠であった。嬰兒殺規定は、婚姻外の子を産んだ母親が出産中または出産直後に (in oder gerade nach der Geburt) 子 (Kind)

人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について (岡上)

を殺害した場合に、母親の例外的な心理状況を考慮して、特別の減刑を認めた規定であり、ここでは出産中の子の殺害は、もはや墮胎罪ではなく、殺人罪（Tötungsdelikt）の問題となる。しかし、そこから導かれる人の始期についての解釈は、直ちに「陣痛開始」となるのではなく、むしろ、単に人の始期を「出産の開始」とすることにどまる。正確には、陣痛開始説は、出産行為開始説の下位類型の一つである。

2 人の始期をめぐる従来のドイツの法状況

人の始期については、ドイツにおいても古くから争いが存在した。かつては、娩出陣痛（Treib- und Presswehen）を出産開始としていたという⁽³²⁾。

判例にも変遷がある。ドイツの判例においても何が出産開始なのか⁽³³⁾が明示されたのは、比較的最近のことである。古くは「母体が胎児を娩出しようとする」ことをもって出産開始としてきたが、具体的に陣痛のどの段階がそれにあたるかについては明らかにされなかった。連邦通常裁判所一九八三年四月二二日判決⁽³⁴⁾においても「遅くとも、開口陣痛（Eröffnungswehen）のとき」が出産行為の開始であるとしており、この問題に対する態度は未決定にされていた。

その後、連邦通常裁判所一九八三年一二月七日判決は、胎児が人となるのは「開口陣痛の開始（Einsetzen der Eröffnungswehen）」によるものと判示した⁽³⁵⁾。同判決は、従来の判例にいう「母体が胎児を娩出しようとする」時点という基準を医学的な観点において明らかにしようとする。そして、開口陣痛とは、「産道の上を完全に子が通過できるようになるまで拡大する」ものであり、開口陣痛期が「すでに母体からの娩出の全過程のうちの重要な部分」を実現しているという理由から、開口陣痛がそれにあたるというのである。

3 第六次刑法改正法律による嬰兒殺規定の削除

さらにその後、一九九八年の第六次刑法改正法律⁽⁵⁶⁾によって嬰兒殺規定旧二一七条は削除されることになる。第六次刑法改正法律は、一九六〇年代に着手された一連の刑法典改正の中でも終了期に属するものであり、刑法典各則の大改正にあたる。その各則改正の目的は、おもに(a)法定刑の調整、すなわち生命・身体など高次の個人法益と、財産犯との間で法定刑のバランスをとること、(b)処罰規定の補充と新条文の創設、犯罪処罰の間隙をなくし、解釈論上の難点を除去し、構成要件を今日的必要性にかなうものとする⁽⁵⁷⁾こと、そして(c)時代遅れまたは不要な規定の削除の三点であつた。実務上適用がほとんどなく、「もはや時代に合わない」(nicht mehr zeitgemäß)⁽⁵⁸⁾ものとなつていた嬰兒殺規定の削除は、改正目的の(c)にあたる。

立法資料によれば、嬰兒殺規定を削除したとしても、人の始期の解釈が変わるものではないという⁽⁵⁹⁾。ドイツ刑法旧二一七条が削除された現在は、ドイツの状況においても、人の始期がいつであるかは、条文上の根拠を失つたのであり、同じ解釈を維持するとしても別の理由付けが必要とされ、または新たな解釈の可能性が生じること⁽⁶⁰⁾となつた。

4 開口陣痛説——ドイツの通説

嬰兒殺規定の削除により、開口陣痛説に立つ通説⁽⁶¹⁾も新たな理由付けを必要とされるようになった。そして、出産開始説以外の説も再評価される可能性があり、また、新たな問題状況も生じている。以下では、これらの学説の対応を概観しておくことにしたい。

開口陣痛説から挙げられる理由の一は、消極的な理由付けであり、上述のような第六次刑法改正法時の立法者意思

人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について(岡上)

を援用するものである。⁽⁶²⁾ 嬰兒殺規定が削除されたとしても、学説上は、それが新たな解釈の契機となるには至っていない。第二の理由は、開口陣痛を出産開始とすることは、医学上の見解と一致することである。⁽⁶³⁾ 第三の理由は、刑法による保護目的 (Schutzzweck) である。すなわち、出産という事象は、子にとって高度な危険が及ぶ時期であるから、刑法により包括的な、殺人罪および傷害罪を含め、とくに過失による結果惹起から子を保護する必要があるというのである。⁽⁶⁴⁾

5 開口陣痛説に対する「反対説」

(一) 出産開始説に対する「反対説」として、ヘルツベルクは、民法と同じく出産完了説を主張している。⁽⁶⁵⁾ この説は、用語法として、「出生した (gebohren)」と「未生の (ungeboren)」との区別は、やはり「すでに生まれた」か否かにあるものであり、出産開始時の子は「すでに生まれた」人ではないという。⁽⁶⁶⁾ しかし、出産中の生命に対する保護の必要性は、これを肯定し、新たな立法的な提案を付している。⁽⁶⁷⁾

(二) なお、ドイツ刑法典において嬰兒殺規定が削除されたことから、グロップは、実定法上、「人」の法概念を開口陣痛開始前の未生の者にまで拡大することを妨げるものがなくなつたといひ、しかし、ドイツ刑法第二一八条以下の堕胎罪規定が受胎後二二週終了まで適用可能なことから、それ以降を法的に「人」と解する可能性を示唆する。⁽⁶⁸⁾ わが国の独立生存可能性説と同旨の見解として興味深いのが、ここでは、過失犯と傷害罪についての新たな犯罪化を考え、現行法の解釈としてではなく、立法政策論としての提言を行っているにとどまる。

(三) 出産開始説の中の争いとして、娩出陣痛説が、最近、再び唱えられている。⁽⁶⁹⁾ ノイマンが、開口陣痛説に反対する理由の一は、この解釈が用語法に反しているということである。⁽⁷⁰⁾ ドイツ刑法第二一八条でいう胎児 (Fetus) と

境を接すべき「人」に、妊婦の身体となお一部でも離れていない胎児を含めることはできないというのである。出産過程にある子は危険性の高い段階にあるという保護目的論も、このような刑事政策的合目的性を援用することによって法文上の文言が果たすべき刑罰限定機能に優越することはできないとする。そして、開口陣痛説は、妊婦の側の変化を問題とするものであって妥当ではなく、この現象を未生の者の法的地位の変化と結び付けて考えることはできないとし、そこから娩出陣痛の開始が考えられなければならないとする⁽⁹¹⁾。

(四) これらの見解のうち、注目すべきはやはり出産開始説の中の反対説である娩出陣痛説である(他の二説については、わが国の学説について行つた批判的検討において(前述二)すでに検討済みである)。出産開始とはどの時点をもつて認めうるのかについては、それらがどのような現象であるのかを明らかにした後に、検討することとした⁽⁹²⁾。

五 刑法上の人の始期についての試論

1 医学的観点からの「出産」現象

では、陣痛とは医学的にどのような現象なのだろうか。以下では、妊娠三七週以降の正期産における正常分娩の場合について述べることにする。

分娩開始は「周期的かつ次第に増強して胎児娩出まで持続する陣痛が開始した場合、陣痛の周期は約一〇分以内で、その頻度は一時間に六回以上になった時点」であるとされる⁽⁹³⁾。分娩開始は、日本においては、一般に次の三つの段階

人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について(岡上)

に分けられている。⁽⁷³⁾「陣痛」の開始は、必ずしも出産開始を意味するわけではない。⁽⁷⁴⁾陣痛は、子宮が収縮する時の痛みをいうが、出産開始ではない陣痛も存在する。例えば、前陣痛がそれである。前陣痛という、出産開始の前段階に起こる最初の陣痛は三〇〜四〇分おきに起こり、約五〜六時間後に第一期へと移行するものである。

以下が、出産過程である。これは、三つの段階に区分される。⁽⁷⁵⁾

① 第一期(開口期)は、出産開始から子宮口全開大までの間である。医学的には、陣痛が一周期一〇分以内になった時期をもって出産開始という。一時間六回の頻度の規則正しい反復する陣痛の発来があり、血液が混ざった粘液の排出があり、⁽⁷⁶⁾子宮口開大が開始しているなどの分娩開始の徴候がある。この時期の妊婦に対する初期の手当てとしては、分娩待機室において就床させて、その一般的な状態を見るところという段階である。分娩開始の初期は陣痛も弱く、発作は短く間欠は長いが、これらは次第に増強する。子宮口の開大は初期には、四〜六センチメートルであるが、後期には九〜一〇センチメートルになる。全開大時には、胎児の頭が膈の入り口の方へ下降してくる。子宮口全開大前後には、自然に破水して、羊水が流れ出すことが多いが、⁽⁷⁷⁾これも第一期に含まれる。第一期は、初産婦で平均約一〇〜一二時間、経産婦で四〜六時間ぐらいかかる。

② 第二期(娩出期)は、子宮口全開大から胎児娩出までをいう。陣痛がますます強くなり、間欠が短くなり、腹圧も加わって胎児の下降を促進する。第二期は、平均所要時間は初産婦で約二〜三時間、経産婦で約一時間から一時間半ぐらいである。子は、頭を回旋させて産道を通り抜ける。第一回旋時には、子は産道の入り口に入るために、頭を横にして背中を丸めた屈曲位の姿勢をとり、第二回旋では子は骨盤の中を降りながら頭を回旋させて母体の背中側を向き、産道の出口の縦長の楕円形に頭を合わせる。第三回旋を行いながら、子は頭の骨の継ぎ目を重ね合わせ、頭の周径をできるだけ小さくして、頭を母体の外に出す。続いて、子は肩を出すために九〇度の第四回旋を行い、全身

が子宮口を通過して誕生することになる。

③ 第三期（後産期）は、胎児娩出から五〜一五分後に起こる胎児付属物（胎盤、卵膜、臍帶）娩出までの期間をいう。胎児出生後にいったん休止した陣痛が再び現れ、胎盤等が排出される。自然に胎盤の娩出を待つと三〇分から一時間かかるが、医師の手で胎盤を娩出させるのが通常であり、この場合には所要時間は五〜一〇分ぐらいである。以上、全分娩終了までに、初産婦の場合に一二〜一六時間、経産婦の場合には五〜七時間がかかる。

2 刑法上の「出産開始時期」

娩出陣痛説を主張したゼルベックは、出産のこの時期であれば、一義的な区切りをつけることができるということをもその論拠としていた。⁽⁷⁸⁾前陣痛から開口陣痛までの移行は一連の過程であつて区切りが明確に引けるわけではなく、娩出期であれば、破水もすでに第一期途中に起こっており、子が産道の下部にいる段階であり、誰から見ても出産過程にあるということであつて、二義を許さないことであろう。

しかし、これほどまでの明確性・一義性を行爲時において要求しなければならないのだろうか。子がすでに出産過程にあつたか否かという「客体の性質」について、むしろ重要なのは、裁判時に鑑定で開口陣痛の開始が明らかにできるか否かであるように思われる。それが、行爲者に明らかであつたかどうかは、本来、故意論で決着すべき事柄である。子について妊娠中の死亡か、分娩中の死亡か、出産後の死亡かについては、もちろん資料の質および量にもよるが、原則的には、鑑定が可能であるという。⁽⁷⁹⁾体格や内臓などの成熟度等で妊娠第何週にあつたかは明らかにしうるし、外傷を受けた場合には、解剖により、外傷を受けたときの状態、産道のどの辺りにいたかも明らかにしうる。また、死亡が出産後か否かについても、肺呼吸の有無を浮遊試験や病理解剖によつて調べることができる。出産開始後、

第一期か第二期かの判断の方がむしろ困難とされ、一部露出後、再び産道に戻るといった自然現象もあることを考えるとき、むしろわが国の通説の一部露出説の方がその鑑定は困難であろうと思われる。

また、先に述べたゼルベックの疑念は、一九八三年二月七日判決において明確に否定されている。同判決は、上述のように、開口陣痛の時点で「すでに母体からの娩出の全過程のうちの重要な部分」であるという。

同判決によれば、開口陣痛とは、産道の上部を拡大し、胎児が完全に通過しうようになるものであり、子の先端部分（頭または臀部）が子宮口外部まで達しているものである（さらに骨盤にまで達することもあるという医学上の見解もある⁽⁸¹⁾）。その後の娩出陣痛は、子が産道の下部を通り、母体外に娩出されるまでの時期である。そして、判決の事例では、まさに子が母体外に出る前の開口陣痛の時期に死んだことが証明されているのである。

このような理解を前提とすれば、本稿で基準とする母体からの「独立」・「分離」は、開口陣痛の時期にすでに開始しているものと考えることができる。すなわち、子の先端部分が産道上部に位置する段階は、法律上も、すでに確定的に分離すなわち出産の開始と見ることができよう。

3 罪刑法定主義との関連

さらに人の始期を考えるにあたって決定的な基準となるのは、罪刑法定主義すなわち一般人の予測可能性の基礎となる日常用語の観点である。そして、まさにドイツの最近の議論状況においても、娩出陣痛説および出産完了説は、用語についての疑問を出発点としていたことはすでに述べたとおりである。しかし、これらの見解が説得的だとは思われないし、ドイツにおいても両説が支持されているわけではないのは、用語についての問題点が真剣には受け取られていないことを示すものであろう。日本語においても、これも先に述べたように、胎児とは「胎内の子」であり、

出産過程にある子はすでに子宮から娩出され産道に在るという意味で、言葉の中心的な意味における胎児とは明らかに別の段階に在る。日常用語的にも、胎児は成熟して「人」となったから生まれてくるのであり、生まれる途上に在る子を殺すことを「殺人」と呼ぶことは日常用語としても十分に許される範囲に在るように思われる。⁽⁸²⁾

六 出産開始説の見直しとその解釈論上の帰結——結びに代えて

出産開始説を提唱した場合に、いくつかの点で解釈論上の違いが現れる。第一に、堕胎概念との整合性が図られたことにより、「出産中の攻撃」事例において処罰の空隙が解消されたことである。

第二に、出産開始説によれば出産過程における子はすでに人となり、その限度では、可罰性の範囲が広がることになるが、これはむしろこの説の長所であるように思われる。すなわち、出産過程における医療的侵襲について、過失犯を処罰し、または、傷害罪を処罰する可能性が生じてくることになる。出産過程は、ただでさえ危険な過程である。人為的な医療上のミスが子の生命・身体に及ぼす影響から子を保護する要請は、成人の場合以上のことが少なくないであろう。この時期における医療過誤に対して、過失犯（医療関係者の場合には業務上過失致死傷罪）を含め、刑事裁判の週上に載せることは、処罰範囲の裾野を無用に広げるものではなく、むしろ好ましい帰結であるように思われる。仮に、この場合の医療過誤について、具体的事例で不可罰にすべき場合が現れたとしても、不可罰性は、子が一部または全部露出していたかの形式的事実判断から導き出されるべきではなく、⁽⁸³⁾法益の重大性に鑑みれば、過失の認定や因果関係および作為義務等の実法上の実質的理由による方が望ましいように思われる。

最後に、故意について一言しておきたい。殺人罪、傷害罪など人の生命・身体に対する罪については、客体が人であることは客観的構成要件要素に属し、その認識が必要である。子が胎児から人になったということの認識として必要とされるのは、医学的な意味での分娩中の陣痛開始（陣痛の周期や子宮口の大きさ）などの認識ではなく、「出産過程」にあるという認識で足りる。そして、その認識に欠ける場合は、事実の錯誤である。

なお、これと関連して論じられるべき、堕胎または人工妊娠中絶において、出生前の胎児が自然の分娩期前に母体外に排出された後に、殺害または生存に必要な保護をなされなかった場合の問題については、本稿では触れていない。この点については、これらの子の刑法上の要保護性の検討と共に他日を期することとしたい。

（１） 民法上は、権利能力の開始時期という観点から全部露出説が通説である。谷口知平／石田喜久夫編『新版 注釈民法（１）総則（１）〔改訂版〕』（二〇〇二年）二五二頁（谷口知平／湯浅道男執筆）、我妻栄『民法講義 民法総則（新訂（版））』（一九六五年）五一頁、星野英一『序論・総則 民法概論１〔改訂〕』（一九七六年）五〇、五一頁、最近では、山本敬三『民法講義（１）総則』（二〇〇一年）三一頁を参照。民法では、権利主体としての人を論じるものであり、決定の根拠を異にするのだから、民法上は、民法と平仄を合わせる必要性はないこともまた明らかである。この点は日本でもドイツでも同じである（*Schönke/Schöder/Eser, Strafrechtbuch Kommentar*, 26. Aufl., 2001, Vor § 211ff. Rn.13）。

（２） 胎児傷害は、現行刑法上は不可罰であるとする多数説が正当である。もちろん、これに対する肯定説からは、現行法上の胎児の保護の範囲はより広くなる。

（３） 大判大正八年十二月二三日刑録二五輯一三六七頁（「胎児が未だ母体より全然分離して呼吸作用を始むるに至らざるも、既に母体より其一部を露出したる以上、母体に関係なく外部より之に死亡を来すべき侵害を加ふることを得るを以て、殺人罪の客体となり得べき人なりと謂ふを妨げざるものとす」）。

- (4) 学説状況については、後述二を参照。
- (5) わが国において、同説に好意的な記述をしているものとして、すでに、塩見淳「演習」法教第二二三号（一九九九年）一七頁、辰井聡子「生命の保護」法教第二八三号（二〇〇四年）五一頁以下がある。
- (6) *Schub/Eser*, aaO.(Fn. 1), Vor § 211ff., Rn. 13.
- (7) 同条が削除された経緯については、後述三3。
- (8) 香川達夫『刑法講義「各論」第三版』（一九九六年）三五八頁。
- (9) 香川・前掲注（9）三五八頁、中義勝『刑法各論講義案Ⅰ』（一九六四年）一五頁。
- (10) 林幹人『刑法各論』（一九九九年）一三頁。
- (11) スイスの状況につき、*Schwarzenegger*, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, 2003, Vor Art. 111, Rn. 10; オーストリアの学説状況については、*Moos*, Wiener Kommentar, 2. Aufl., 2002, Vor § 75-79, Rz. 12を参照。なお、フランスの状況について一言しておきたい。フランスでも、一八一〇年刑法典には嬰兒殺の規定（*infanticide* 第三〇〇条および第三〇二条（自らの新生児の謀殺または故殺の正犯または共犯である母親について、刑罰の軽減を認めていた））があり、古くから出産開始説がとられていたようである（比較的最近のものとして、*Vouin*, *Droit pénal spécial*, 6. édition, 1988, p. 156には、「嬰兒殺は、出産中（*pendant l'accouchement*）にも行われうる」の記述があるが、陣痛のどの段階かについては言及されていない）。しかし、一九九二年新刑法典では、嬰兒殺規定は削除され、新生児の殺害は、「一五歳未満の者の故殺」という加重類型とされるようになった（フランス新刑法典第二二―四条）。これらの経緯については、岡上雅美「フランス新刑法の研究 4 刑法各則（1）―一人に対する罪」法時六六卷一〇号（一九九四年）九二頁以下を参照。フランスにおいても、ドイツと同様に、人の始期に関する根拠条文が失われたこととなり、新刑法典下ではこの点についてどのように考えられているかは、しかしながら、最近の各論教科書レヴェルではあまり触れておらず、大部のコンメンタール（*Juris-Classeur Pénal*, 2000）では、故殺の客体について「すでに生まれた者、すなわち、出産後（*après l'accouchement*）」、母親の生命を独

人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について（岡上）

立した生命を持つもの」としており (H. Angevin, *Anémies volontaires à la vie*, n° 35) 少なくとも出産開始説は採られていない。これらの背景については留保しておきたい。

(12) とりわけ「陣痛(開始 説)」という呼称が誤解を生じやすく、不適切である点については、後述注(74)を参照。

(13) ⑥独立呼吸説は、肺呼吸をなしうる状態になったことをもって人と解する説である。ただし、別の説明も存在する。肺呼吸の可能性を基準とするものであるから、事実上、胎盤呼吸と肺呼吸が並存しうることをもって同説に対する批判になるわけではないと思われるが、人の独立性を出産行為の完全な終了と考え、しかもその基準を呼吸に求めることの是非が問われるべきである。

(14) 井上正治『刑法各論』(一九五二年) 五八、五九頁、内田文昭『刑法各論(第二版)』(一九八四年) 四頁、大塚仁『注解刑法(増補) 第二版』(一九七七年) 八七九頁、大谷實『新版刑法講義各論(追補版)』(二〇〇二年) 七、八頁、小野清一郎『刑法講義各論』(一九四九年) 一五七頁、岡野光雄『刑法要説各論(第四版)』(二〇〇三年) 二頁、川端博『刑法各論概要(第二版)』(一九九六年) 一六頁、木村亀二『刑法各論』(一九三〇年) 一二頁、斉藤誠二『刑法各論』(一九八六年) 三三頁、佐伯千仞『刑法各論(訂正版)』(一九八一年) 九五頁以下、佐久間修『刑法講義(各論)(新版第一分冊)』(二〇〇二年) 一六頁、曾根威彦『刑法各論(新版)』(一九九五年) 六頁、滝川幸辰『刑法各論』(一九五一年) 二二頁、団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(一九九〇年) 三七二頁、中・前掲注(10) 一四頁以下、平川宗信『刑法各論』(一九九五年) 三七頁、福田平『全訂刑法各論(増補版)』(一九九二年) 一四三頁、堀内捷三『刑法各論』(二〇〇三年) 一七頁以下、西田典之『刑法各論(第二版)』(二〇〇二年) 八頁、西原春夫『犯罪各論(訂正準備版)』(一九九一年) 九頁、前田雅英『刑法各論講義(第三版)』(二〇〇一年) 九頁、山口厚『刑法各論』(二〇〇三年) 九頁。

(15) 平野龍一『刑法における「出生」と「死亡」』犯罪論の諸問題(下) 二六〇頁。

(16) 伊東研祐『現代社会と刑法各論(第二版)』(二〇〇二年) 一六頁。

(17) 佐伯・前掲注(14) 九六頁、中・前掲注(9) 一四、一五頁。

(18) 大谷・前掲注(14)七頁、岡野・前掲注(14)二頁。

(19) 岡野・前掲注(14)二頁。

(20) 大谷實「刑法における人の生命の保護」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷(一九八四年)三四二頁、西田・前掲注(14)八頁。なお、要保護性の理由付けと併用するものとして、大谷・前掲注(14)七、八頁。

(21) 鑑定については、後述五²。

(22) 同じ問題が全部露出説の場合にも問題になりえないわけではない。一部露出説の場合と異なり自然現象として起こりえないかもしれないが、いったん全部が露出した後、少なくとも人為的に一部を母体内に戻すということは可能だと思われる。しかし、全部露出説の論者が提示する基準である「出産という危険な過程」を乗り越えたか否かを問題とするのであれば、ここで記した問題の解決は、全部露出説にとつては重要ではない。もちろん、同説の理由付けとして、後に述べるように、単に胎児がいる場所を問題とするのであれば、その不当性は一部露出説と同様の指摘が可能である。

(23) 大塚・前掲注(14)八八〇頁。

(24) 大谷・前掲注(14)八頁。

(25) 平野・前掲注(15)二六〇、二六一頁。小暮得雄ほか編『刑法講義各論』(一九八八年)一四、一五頁(町野朔執筆)、山口厚『問題探求刑法各論』(一九九九年)四頁(旧説)。

(26) 町野・前掲注(25)一四、一五頁。ただし、妊娠の継続と出産とが「質的に異ならない」理由は、明らかでない。

(27) 山口・前掲注(25)四頁。山口教授は、現在では、一部露出の段階で、直接的で容易な侵害可能性が認められ、したがって保護の必要性が高まるということから、一部露出説に立たれる(山口・前掲注(14)九頁)。

(28) 後述四4。同旨、林・前掲注(10)一二、一三頁。

(29) 他に、基準の明確性という観点から、一部露出説と全部露出説との間では、後者が優れているものとして、甲斐克則「刑法における人の概念」刑法の争点(第三版)(二〇〇〇年)一二四、一二五頁。基準の問題については、後述五

人の始期に関するいわゆる陣痛開始説ないし出産開始説について(岡上)

2で取り扱う。

- (30) 浅田和茂／斉藤豊治ほか『刑法各論〔補正版〕』(二〇〇〇年) 一七頁〔浅田和茂執筆〕。
- (31) 江家義男『刑法講義各論〔改訂版〕』(一九五三年) 一八八頁。
- (32) 林・前掲注(10) 一三頁。
- (33) 伊東・前掲注(16) 一三頁以下。
- (34) 同書一八頁。
- (35) 同書二一、二三、二八頁。
- (36) 変更前まで(一九七六年から一九九一年まで)「胎児が、母体外において、生命を保続することのできない時期」が満二四週未満とされていた。
- (37) とくに妊婦の自己決定権を重視する観点から、このような理由付けで人工妊娠中絶可能な期間が短縮されてきたことについては批判が強い(例えば、角田由紀子『性の法律学』(一九九一年) 六二頁以下)。しかし、妊娠第二二週未満という数値自体が正当なものであるか否かは、本稿では検討しない。
- (38) 山田俊雄ほか編『新潮現代国語辞典〔第二版〕』(二〇〇〇年) による。
- (39) Schwarzenegger, aao. (Fn. 11), Vor Art. 111, Rn. 10.
- (40) 胎児の生命それ自体を保護する罪は、第二一二条の自己堕胎罪であるが、これほどまで法定刑(一年以下の懲役)が軽い理由は、もっぱら胎児の生命の法益性に求めるべきではないであろう。ここには、ドイツの旧嬰兒殺規定と同様の責任稿の立場からは、これほどまでの法定刑の差を正当化することはできないものと思われる。刑法典が胎児の生命を如何に評価しているかについては、暴行罪(妊婦の身体の保護についての評価)の法定刑を勘案すれば、傷害結果が発生していない不同意堕胎罪(第二一五条)の法定刑(六月以上七年以下の懲役)が、むしろ刑法典による評価の実質に近いように

も思われる。いずれにせよ、胎児の生命に関して、刑法典は自己堕胎罪の法定刑程度に軽く評価しているとは考えられない。

- (41) 平川・前掲注(14)三七頁がまさに正当な理由付けであると思われるが、平川教授は母体との一体的関係の終了を一部露出時だと解される点が、私見とは異なる。後に述べるように、私見では、母体との一体的関係がすでに終了したからこそ、現象として、出産が開始したものと考える。

- (42) 林・前掲注(10)一一頁。

- (43) *SchSchEsst*, aaO. (Fn. 1), Vor § 211 ff., Rn. 13; *Jähne*, *Leibziger Kommentar*, 11. Aufl., 2001, Vor § 211, Rn. 3. とくに腹部の切開時としない理由については、通説によれば、「腹部の切開は、場合によっては、他の目的に資することもありうるため」とされる。反対説として、*Schneider*, *Münchener Kommentar*, Band 3, 2003, Vor § 211 ff., Rn. 12 は、「腹部切開時説をとる(客観的にも、侵襲の態様によって出産のためか他の目的のためかは明らかであること、通説によれば、子宮の切開も他の目的に資することがありうることの二点が論拠とされている)。

- (44) ここでは、「独立」・「分離」を基準として提示したが、この基準が正常分娩以外にどこまで貫徹できるかは問題である。少なくとも帝王切開の場合には同じ基準で説明できるように思われるのは、本文中に述べたとおりであるが、このほかの非正常分娩の形態(例えば、陣痛前に破水がある場合(*Blasensprung*) など)については、別個の個別的な考察をなお留保しておきたい。なお、後述一九八三年二月七日判決について、陣痛以外の経過が出産の端緒となる場合に、どのような医学的な兆候が法的に出産開始となるかは同判決において未決定であることを指摘し、ここにはどのような刑法規範が基礎におかれているのかが決定されていないと評するものとして、*Koch*, *Anmerkung zu BGHS* 32, 194, *MedR* 1985, 84.

- (45) これに言及されていたのは、古くは木村亀二博士である(木村亀二『刑法各論』(一九六七年)三三三、三四頁)。木村博士は、この事例について一部露出説の立場から、堕胎罪の定義を変更し、自然の分娩期における危険な人工的排出をも加えて、これを堕胎罪とされていた。

(46) もちろん、いわゆる胎児傷害の場合に傷害罪の成立を認める見解によれば、この場合にも「胎児殺人」を同様に認めることができる。

(47) 一部露出説の論者でも、「出産中の攻撃」事例の処罰の間隙を埋めようとすれば、同様に堕胎概念を変更することになる。この立場として、西田・前掲注(14)二三頁。

(48) 平野・前掲注(15)二六三頁は、次のようにいう。具体的危険は元来不明確なものであって、これによって限定解釈することは不適切であると。しかし、刑法各論において具体的危険または現実的危険などの危険概念による限定は、現在では不可欠の解釈手法といえるのであり、とくに堕胎罪においてのみこれが許されないと解するのはむしろ妥当ではないであろう。なお、定義変更の他例として、前田・前掲注(14)九、一〇頁、および五三頁をも参照。

(49) この点の処理は、いわゆる不能犯をめぐる議論に帰着するのであり、本稿では、これ以上の検討には立ち入らない。

(50) このように考えれば、独立生存可能性説と私見(出産開始説)との違いは、妊娠二二週を境に「人の性質」に違いを認めるか否かに帰着する。私見では、それがないと考えるために、両者の区別基準を「人の性質」以外の「独立」・「分離」に求めたことになる。

(51) *SchSchEser*, aaO. (Fn. 1), Vor § 211 ff., Rn. 13; BGH 31, 348. なお「出産の開始 (Beginn der Geburt)」という表現も用いられる (BGHSt 5, 10; 31, 348, 351; RGS 9, 131 ff.; 26, 178 ff.; *Lütiger*, Der Beginn der Geburt und das Strafrecht. Probleme an der Grenze zwischen Leibesfruchtkarakter und Menscheneigenschaft, JR 1971, 133; *ders.*, Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen, NSZ 1983, 481; *Saerbeck*, Beginn und Ende des Lebens als Rechtsbegriffe, 1974, S. 94)。「出産行為の開始」の表現は、妊婦自身の行為を問題としている点で、後に述べる開口陣痛説に結びつきやすい表現のようにも思われるが、文献を読んだ限りでは、双方の表現は相対立する反対説だとは考えられていないようである。また、ドイツにおいても、これは民法(民法第一条は、「出産の完了 (Vollendung der Geburt)」をもって、人の始期とする)や社会法(保険による保護に含めるということから胎児は、すでに人であるという。BSG NJW 86, 1571)と異なる理解である。

(52) この説に立つものとして、*Welzel, Das deutsche Recht, 11. Aufl., S.280*が引用されるのが一般であるが、ヴェルツェルは娩出陣痛の語ではなく、「娩出に至る陣痛の開始」とするにすぎず、これを娩出陣痛説として分類されているのであるが、自覚的に開口陣痛を否定したものと考えられるかには疑問も残る。

(53) BGHSt. 10, 5; 31 348, 356; RGSt. 26 178; 9 131.

(54) BGH 31, 348, 356.

(55) BGH 32, 194. 事案は、次のようなものである。被告人は、妊娠末期にあった妻を斜面から突き落として殺害した。この時点で、開口陣痛が完全に開始していた。子は正常な頭位で回旋し、その頭部が子宮口を広げていたが、妊婦の死亡によって出産過程が静止し、子は母体内で死亡した（事実審裁判所の認定による。MedR 1985, 83 f.）。

(56) 紹介として、上嶋一高「ドイツの第六次刑法改正法」刑雑三八巻二号（一九九九年）二四七頁以下、岡上雅美『第六次刑法改正法律』によるドイツ刑法典各則の改正」捜研四七巻一一月号（一九九八年）七四頁以下がある。なお、ドイツの嬰兒殺規定削除および各国の状況などに関する最近の論稿として（ただし、オーストリアの立法論として書かれたものもある）*Schmoller, Abschaffung der Sonderregelung für „Kindesötung“*, Festschrift für Gössel, 2002, S. 369 ff. を参照。

(57) BT-Drucks. 13/8587. *Freund, Der Entwurf des 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts*, ZStW 109 (1997), S. 455 ff. なお、ドイツ刑法旧二一七条の法政策的な問題点として、とくに婚姻外子の保護に薄くなる点について、ドイツ基本法三条一項および六条五項との関連が指摘されている。これらの点につき、*Eser, Gutachten E zum 53. DJT (1980)*, S. 59 ff., 147 ff.; *Hussels, Renaissance oder endgültiger Tod des § 217 StGB?*, NSZ 1994, 526, 528; *Gühl-Finkenhei, Festschrift für Bemann, 1997*, S. 299 ff.; *Seig, ZStW 102 (1990)*, 292 ff.

(58) 背景的な理由として、今日の社会状況において、婚姻外の子を産む女性の「例外的心理状況」は立法当時とはまったく異なるものであり、このような特別の恩典を認めるだけのものではなく、また法的に人工妊娠中絶を行うこともできるのであるから、嬰兒殺を行った女性に減刑を認めるのは妥当性を欠くと考えられることが挙げられている。立法者は、ドイツ刑

法第二七条を削除しても、母親の「例外的心理状況」がなお考慮されるべき事案においては、二二三条の「故殺のあまり重くない事案」の法定刑の枠内で十分に適切な量刑が可能であることも示している。

- (56) BT-Drucks. 13/8587, S. 34, 81.
- (57) *Struensee*, in: Dencker/Struensee/Nelles/Stein, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 1998, S. 28 f.
- (58) *Lüttger*, aO. (Fn. 51) NSZ, S. 482; *Maurach/Schroeder/Mainwald*, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 7. Aufl., 1988, § 1 III, Rn.8; *Jähnke*, aO. (Fn. 43), Vor § 211 Rn. 3; *Schwaln*, Über den Beginn des menschlichen Lebens aus der Sicht des Juristen, MDR1968, 277 ff.; *Sch/Sch/Eser*, aO.(Fn.1), Vor § 211 ff., Rn. 13; *Horn*, Systematischer Kommentar, § 212 Rn. 3; *Schneider*, aO. (Fn. 43), Vor § 211 Rn.11; *Wessels/Heitinger*, Strafrecht Besonderer Teil/1, 27 Aufl., 2003, § 1 Rn. 9.
- (59) *Sch/Sch/Eser*, aO. (Fn. 1), Vor § 211 ff., Rn. 13.
- (60) BGHSt. 32, 194; *Schneider*, aO. (Fn. 43), Vor § 211 Rn. 11. Vgl. *Koch*, aO. (Fn. 44), 84.
- (61) *Jähnke*, aO. (Fn. 43), Vor § 211 Rn. 3; *Sch/Sch/Eser*, aO. (Fn. 1), Vor § 211 ff., Rn.13; *Schneider*, aO. (Fn. 43), Vor § 211 Rn.8.
- (62) *R. Herzberg/A. Herzberg*, Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt, JZ 2001, 1106 ff.
- (63) *Dies.*, S. 1110. *やんび* 旧嬰胎殺規定の客体を「子 (Kind)」と表現しつつも「人 (Mensch)」の語を用いることと「子」を「胎児」と理解するとの間に矛盾が生ずる (*Dies.*, S.1108)。
- (64) *Dies.*, S.1113.
- (65) *Gropp*, Der Embryo als Mensch: Überlegungen zum pränatalen Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, GA 2000, 1, 14f.
- (66) *Neumann*, Nomos Kommentar, 2002, Vor § 211, Rn. 8. *やんび*は第六次刑法改正法律以降の学説としてノイマンの見解を取り上げたが、すでに古くは *Welzel*, aO. (Fn. 52), S. 280 がこの説であるとされており (ただし、注(52)を参照)、そのほ

か、すでに Saebeck, aO. (Fn. 51), S.95 ff. は、開口陣痛の開始が行為遂行時に不明確であることを理由にして、娩出陣痛を唱えていた。これについては、さらに後述五2を参照。

- (70) したがって、明確性の原則が問題となる(ドイツ基本法第一〇三条第二項)。そこから、出産開始の基準を法律上規定すべきだとする見解もある (Wessels/Heisinger, aO. (Fn. 61), § 1 Rn. 9)。

- (71) Neumann, aO. (Fn. 69), Vor § 211, Rn. 9.

- (72) 日本産科婦人科学会諸定義委員会の定義による。

- (73) 以下の記述は、日野原重明／井村裕夫監修「看護のための最新医学講座一五産科疾患」(二〇〇一年)二四二頁以下、佐藤郁夫「七六 分娩経過」周産期医学編集委員会編「周産期医学必修知識〔第三版〕」周産期医学二一号増刊号(二〇〇一年)二二三頁以下のほか、インターネットによる情報として、「出産・育児大百科」(<http://www.babytown.jp/howto/hyakka/shussan/index.html>)、田中ウィメンズクリニックHP「妊婦第四号 産むときやどーなる。正常分娩の進み方」(<http://www.tanaka-wc.com/>)、「MICKEYの子供病院 妊娠から出産まで」(<http://udprohomeip.net/mickey/>) などのサイトを利用した(いずれも二〇〇四年六月二四日現在)。

- (74) 医学上、出産行為とは考えられない陣痛も存在し、確かに初期の痛みはかなり早い時期からありうるものであり、あまり大きくないという。また、出生以降も陣痛は存在することからも陣痛一般を「胎児の胎盤からの分離(香川・前掲注(8)三五七頁)」と理解することもできない。したがって、陣痛自体を出産行為と同視するかのような語感を与える「陣痛(開始)説」は、無用の誤解を生む虞がある。また、「陣痛(開始)説」の呼称はわが国の教科書でも広く用いられているが、これが「陣痛開始時期は不明確」であるとのイメージと結びついたのではないだろうか。

- (75) 日本の医学書においては、三期に分けられており、これはアメリカ合衆国でいわれている the first stage, the second stage, the third stage の用語に倣ったものであろう。ドイツでもいう開口期(Eröffnungsperiode)は、この第一期に相応するものとされる。独英訳の対照は、Roche Lexikon Medizin (<http://www.gesundheits.roche/>) 二〇〇四年六月一五日現在)によつ

た。

(76) 血性粘液という。卵膜の一部が子宮壁から剥がれ落ちることによって生じる。

(77) 破水とは、胎児を包む卵膜が破れて羊水が流れ出る現象をいう。破水は陣痛開始前に起こることもあり、このような場合、いずれにせよ陣痛は時期をおかずに開始する。これについては、前述五1を参照。

(78) *Saebeck, aaO.* (Fn. 51), S. 95 ff.

(79) *Cramer, MedR* 1989, 301.

(80) 前述三2。

(81) *BGHSt* 32, 194, 196.

(82) 反対、塩見・前掲注(5)一一七頁。

(83) なお、被害者および社会的要請の観点からも、通説的見解による場合の処罰の間隙は、「法律の不備」による処罰条文の不存在として説明されても、およそ納得しえないのではないだろうか。そして、この「法律の不備」を、過失墮胎罪の新設などの新立法によって解決するとすれば、規定の仕方にもよるものの、今度は処罰すべきでない事案も広く取り込まれ、広範囲の犯罪化が起こるのではないかという別の懸念が現実化する。

〔二〇〇四年七月一三日 脱稿〕